

O POLÍTICO JURÍDICO E A QUESTÃO DA FILIAÇÃO FRENTE AO DOADOR DE SÊMEN

Tycho Brahe Fernandes*

1. Introdução

O presente artigo tem por objetivo proceder à análise da questão da filiação, advinda da utilização de sêmen objeto de doação.

A análise será efetuada tanto sob a ótica da dogmática jurídica quanto sob o enfoque da política

jurídica, perquirindo-se se a norma posta é suficiente para a tutela dos interesses que estão a ser defendidos, ou, se seria necessária e aceitável uma mudança legislativa para regulamentar a questão.

1.1. Da Política Jurídica

Antes de se adentrar especificamente no tema em tela, necessário se faz esclarecer qual a concepção que se tem da Política Jurídica.

Embora seja uma área de estudo que ainda não encontrou colocação segura na taxionomia das disciplinas jurídicas, é matéria de fundamental importância.

Para Reale (1984:380) “*a Política do Direito é meta a ser atingida, correspondendo a um momento culminante de formalização de valorizações jurídicas; sob o prisma do jurista, é o ponto de partida para o trabalho dogmático de elaboração e sistematização de juízos normativos em consonância com a totalidade do ordenamento vigente.*”

Por seu turno, tem-se na lição de Melo (1994:114) que “*A Política Jurídica [...] tem sua preocupação básica não com o direito vigente, mas com o direito desejado.*”

Desta forma, pode-se dizer que a política jurídica é a disciplina que estuda, em uma primeira fase, a norma jurídica quando apenas uma idéia na consciência das pessoas que buscam a realização de um mundo melhor e, em uma fase posterior, o aprimoramento da norma posta, para que aquela se adapte ao efetivo desejo da sociedade de poder ser regida por uma norma que seja, ao mesmo tempo, útil, desejada e justa para satisfazer às necessidades sociais ou, no caso da ausência de tal norma, a proposição de uma que regule o fato novo.

* Promotor de Justiça-SC.

Coordenador das Promotorias de Defesa do Consumidor. Mestrando em Ciência Jurídica pela UNIVALI.

1.2. Identificação do problema

Frente aos avanços ocorridos na medicina, nos tempos atuais, é possível que uma mulher tenha uma gestação sem que para tanto mantenha relações sexuais com o parceiro que será o pai biológico de seu filho.

Inúmeras são as técnicas de reprodução assistida, como ensinam Scarparo (1991:10-17), Barboza (1993:35-36) e Leite (1995:29-50), sendo as duas mais conhecidas e utilizadas, a inseminação artificial, em que o sêmen colhido é introduzido no aparelho genital da mulher e a fertilização *in vitro*, quando a fecundação se dá fora do corpo feminino, sendo posteriormente o embrião transferido para o útero.

Partindo da premissa de que encontramos diversas formas de reprodução assistida, e não inseminação artificial como usualmente utilizado, tem-se de

proceder a um acordo semântico quanto às expressões a serem empregadas no presente trabalho.

Assim, esclarece-se inicialmente, que, ao invés de “inseminação artificial” será empregada no trabalho a expressão “reprodução assistida”, pois a inseminação artificial é apenas uma das formas de reprodução assistida.

Visto isto, cabe apontar as duas situações em que a reprodução assistida pode ocorrer: na constância do casamento ou fora dele.

No presente trabalho, se verificará a hipótese de o filho havido em razão de uma das formas de reprodução assistida, em que tenha havido um doador de sêmen, demandar o pai biológico para o reconhecimento de sua paternidade.

1.3. Da Legislação atual

Segundo dispõe o artigo 363 do Código Civil “*Os filhos ilegítimos de pessoas que não caibam no art. 183, n.ºs I e VI, têm ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação.*”

“I - Se ao tempo da concepção a mãe estava concubina com o pretendido pai.

“II - Se a concepção do filho reclamante coincidiu com o rapto da mãe pelo suposto pai, ou suas relações sexuais com ela.

“III - Se existir escrito daquele a quem se atribui a

paternidade, reconhecendo-a expressamente.”

Por outro lado, o artigo 2º da Lei 8.560/92 determina que “*Em registro de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, o oficial remeterá ao juiz certidão integral do registro e o nome e prenome, profissão, identidade e residência do suposto pai, a fim de ser averiguada oficiosamente a procedência da alegação.*”

É importante salientar que a legitimidade dos filhos nascidos nas constância do casamento somente pode ser contestada pelo marido (art. 344 CC).

2. Desenvolvimento

2.1. Da questão quanto à visão da dogmática jurídica

A questão leva inicialmente que se faça uma distinção quanto a três casos possíveis de uma inseminação heteróloga.¹

O primeiro consiste da reprodução se dar na constância do casamento, em que o marido ou companheiro assente com o fato, situação que não

ensejará maiores indagações uma vez que aquele pai irá registrar o filho havido como se filho seu fosse, até porque, mesmo com a revogação do artigo 337 do Código Civil, os filhos havidos na constância do casamento são havidos como filhos do marido, confirmando o ditado latino de que *pater is est, quem nuptiae demonstrant*.

Quanto a este, importante referir que o Código Civil português, já prevendo situações dessa natureza, determinou em seu artigo 1.839: “*Não é permitida a impugnação da paternidade com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu.*”

O segundo caso, mais delicado, ocorre quando a mulher casada se utiliza de uma das técnicas de reprodução assistida, utilizando-se de sêmen de homem que não seu marido, sem o consentimento deste.

Se não houver a impugnação da paternidade, direito que somente cabe ao marido, na forma do que dispõe o artigo 344 do Código Civil, não haverá problema algum, sendo o filho havido como do marido.

Porém, se a impugnação for julgada procedente, teremos um problema de filiação a ser examinado.

O terceiro caso diz respeito à mulher que, em sendo solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva, submete-se a uma das formas de reprodução assistida logrando uma gestação.

Nos dois últimos casos, ter-se-ão filhos sem pais.

Poderão estas crianças investigar sua paternidade biológica, aforando a competente ação investigatória contra o doador do sêmen que fecundou o óvulo de sua mãe?

A resposta merece detida análise.

Se levada em consideração a legislação atual e aceitando-se a doutrina dominante, chegar-se-á a uma resposta negativa.

Tanto é assim que na abalizada lição de Gomes (1968:242)

Dois sistemas se conhecem para a determinação dos pressupostos de admissibilidade da ação investigatória: o da enunciação taxativa e o da livre propositura. Pelo primeiro, determina a lei

restritivamente os pressupostos de fatos necessários ao ingresso em juízo do investigador. Se nenhum deles existir, o acesso aos tribunais é trancado. Pelo segundo, não se discriminam as hipóteses que deve ser admitida a ação, bastando indícios que justifiquem, apurados preliminarmente. Para coibir abusos, comina-se sanção ao investigador de má-fé. Deveria responder por perdas e danos, inclusive pelo dano moral, quem demandasse o reconhecimento da paternidade por espírito de emulação, mero capricho ou erro grosseiro.

O direito pátrio adotou o sistema da enunciação taxativa.

Ferreira (1985:92), após breve análise das questões relativas à inseminação artificial, conclui que:

Podem ser tomadas no direito brasileiro como acertadas as seguintes soluções: a) quando a fecundação artificial é realizada na constância do casamento, com a autorização do marido ou sua ciência, o filho deve ser considerado como legítimo; b) se a inseminação artificial é praticada por mulher solteira ou viúva, não pode pleitear o reconhecimento compulsório do doador do sêmen.

Também Sampaio (1991:17) comunga deste entendimento, afirmando que frente à enumeração taxativa do artigo 363 do Código Civil, inviável o aforamento da investigatória contra o doador do sêmen, salvo a hipótese do artigo 363, inciso III, daquele diploma.

Não se concorda com tal entendimento.

Primeiro, porque o artigo 363 do Código Civil, diante da situação exposta, estará em conflito com a evolução da medicina e com outros dispositivos legais. É norma do artigo 75, do mesmo Código Civil, que “A todo o direito corresponde uma ação, que o assegure.”

Ora, como aceitar que a mesma lei que confere o direito à ação venha a tolher um ou alguns casos em que este direito não é assegurado? Além do mais, o artigo 5º, da Constituição Federal, que em seu *caput* reconhece a igualdade perante a lei, “sem distinção de qualquer natureza”, e no inciso XXXV determina que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” e por certo, o direito à filiação é inerente à personalidade, devendo ser resguardado pela legislação vigente.

Por seu turno, o artigo 27 da Lei 8.069 (ECA), estabelece: “O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça.” (grifou-se)

Inicialmente, ressalte-se que as normas jurídicas devem ser analisadas em um contexto maior do que a letra fria da lei.

O Código Civil está em vigor deste 1º de janeiro de 1917, época em que ainda não se vislumbrava a possibilidade corriqueira da reprodução assistida e a ação investigatória não era bem aceita por questões da “moral familiar”.

É verdade que a matéria deveria ser regulada, modificando-se o Código Civil, mas, em se enfrentando o caso nos tempos atuais, como proceder? Deve o magistrado ao receber a petição inicial rejeitá-la por ausência da possibilidade jurídica do pedido ?

Entende-se que não.

O artigo 363 do Código Civil, frente às mudanças ocorridas com o advento da Constituição de 1988 deve ser assim entendido: “Os filhos não reconhecidos têm ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação”, passando a vigir no direito brasileiro, como admissibilidade da investigatória, a livre propositura.

A propósito, outro não é o entendimento de Felipe (1993:66) que afirma “que, diante do novo texto constitucional, não há mais que se restringir os casos em que a investigatória de paternidade é admissível. Simplesmente cabe ação para o filho pleitear o

reconhecimento de sua paternidade.”

Aceita a possibilidade da ação, alguns pontos confusos serão analisados.

O primeiro refere-se à possibilidade, não remota, de a mãe receptora do sêmen doado ter firmado documento, onde, expressamente, afirme que não se utilizará dos meios judiciais para investigar a paternidade daquele filho havido do sêmen que lhe foi doado.

Tal documento, por certo, não terá o valor que se pretenda dar a ele.

Isto porque, conforme já visto, o artigo 27 do ECA considera o direito de estado de filiação como personalíssimo, indisponível e imprescritível.

Assim, não poderia a mãe renunciar a um direito que não é seu, podendo o filho nascido naquela situação, a qualquer momento, buscar a declaração de sua paternidade. Porém, se aquele documento for deduzido como defesa do investigado, é de se excluir seu valor frente à contrariedade a expresso dispositivo legal.

Observe-se ainda que, frente à imprescritibilidade do direito, o pedido poderá ser formulado a qualquer momento, devendo ser ressaltado apenas, que, mesmo reconhecida a paternidade, eventuais direitos sucessórios poderão ter prescrevido, vez que não protegidos pela imprescritibilidade.²

Portanto, sob o enfoque da dogmática jurídica, apenas com as ferramentas legais já disponíveis, é possível que o filho havido de uma das formas de reprodução assistida, quando houver um doador de sêmen, demande o pai biológico para seu reconhecimento.

2.2. Da questão quanto à Política Jurídica

É necessário esclarecer que os avanços científicos quanto à matéria foram muito mais rápidos do que a evolução do pensamento da sociedade, causando certa perplexidade em seu seio.

O primeiro passo do político jurídico é identificar o grau de evolução desta técnica reprodutiva, quando

se constatará a existência de diversas formas de reprodução assistida, intituladas todas pelo imaginário popular de “inseminação artificial”.

O objetivo do desenvolvimento das formas de reprodução assistida deve ser analisado com cuidado pelo político do direito, baseando-se sempre em

conceitos éticos e desejos da sociedade, extraindo-se os motivos que levaram àquelas formas, e estudar a necessidade e utilidade da regulamentação de normas que venham a permitir a utilização eticamente aceitável de tão importante avanço tecnológico.

O desejo de prole é considerado legítimo por parcela considerável da população, pelo que, não seria difícil a sociedade aceitar norma que viesse a regularizar a reprodução assistida, seja ela homóloga³, ou heteróloga, neste caso, havendo um casamento⁴, em que ambos os cônjuges desejem, em conjunto, criar uma família com descendentes.

Na reprodução heteróloga, o político jurídico encontrará campo fértil para sua pesquisa e investigação, tendo que investigar se a sociedade está preparada para as crianças geradas fora do casamento. Vencida esta fase, compete ao estudioso da política jurídica interpretar os anseios da sociedade e perceber se os avanços tecnológicos foram bem absorvidos pela média da população.

Não pode ainda esquecer o político jurídico, como bem ensina Ross (1970:357-359), que sua própria consciência jurídica não deve ser considerada como fator de correção de uma norma, nem tampouco aquela predominante nos círculos governamentais e, que a consciência jurídica predominante na comunidade é que deverá ser considerada como um fato espiritual da qual depende a viabilidade prática da reforma jurídica.

Não poderá o legislador promover uma reforma arbitrária na lei e, como claramente expõe Ross (1970:364) "*La tarea de la política jurídica, en estos campos, consiste en lograr un ajuste suave del derecho a las condiciones técnicas e ideológicas modificadas, sirviendo la conciencia jurídica de estrella polar.*"

Assim, um dos papéis do político jurídico é identificar se a sociedade deseja, ou está preparada para as chamadas "produções independentes" de crianças que nunca saberão quem são seus pais biológicos, como ocorre no caso da legislação norueguesa⁵ e da espanhola⁶ ou, se o desejável seria ter-se uma norma, como na legislação sueca⁷, onde a inseminação somente poderá ocorrer no caso de haver casamento ou união estável da mulher.

De qualquer forma, não pode o político jurídico se furtar de discutir o assunto, posto que a reprodução

assistida é uma realidade no mundo da ciência, bastante acessível para uma parcela cada vez maior da população, mesmo em países do terceiro mundo, como o Brasil.

O crescente número de casos notificados, tanto nos meios científicos, quanto nos de comunicação de massa dá a precisa noção de que a aceitação do processo é maior do que sua rejeição pela sociedade.

Embora não haja uma estatística oficial, pois ainda existe preconceito quanto à esterilidade masculina ou feminina, a verdade é que os casos estão se multiplicando desde o nascimento de Louise Joy Brown, ocorrido na Inglaterra em 25 de julho de 1978.

Embora as famílias mononucleares sejam uma realidade e aceitas na média da sociedade brasileira, havendo menos discriminação com relação à mãe solteira, mudança que já vem sendo notada desde a década de 1960, e parece ter se acentuado na década de 1980, não há indicação segura de que a sociedade, por tolerar tal fato o incentive.

Houve uma adaptação da sociedade a uma realidade que cada vez mais se inseria no contexto social podendo-se conseqüentemente afirmar que, salvo uma visão bastante conservadora, neste final de década de 1990, não haveria rejeição por parte da sociedade a uma criança gerada fora do casamento, o que não quer significar, necessariamente, que se aceitasse e se aderisse a uma norma que autorizasse a inseminação heteróloga.

Assim, não parece aceitável que tal procedimento deva ser realizado, vislumbrando-se no momento que o recomendável é que a reprodução assistida heteróloga somente seja admitida quando houver um casamento.

Com este entendimento concorda Ferraz (1991:46), bem como Barboza (1993:65 e 71), para quem "*Sem rígido controle, parece-nos que não deva ser permitida a inseminação artificial heteróloga*" quando a mulher é casada e, que o "*mais prudente é vedar-se a inseminação artificial com o doador, se a mulher não é casada*".

Por outro lado, até frente ao avanço do liberalismo moral e aos princípios éticos que regem nossa sociedade, tem-se um certo consenso que, em havendo a reprodução assistida heteróloga, mesmo

contra expressa disposição legal, seja reconhecido o direito de que o filho havido fora do casamento tenha o direito de, se o quiser, obter o reconhecimento judicial da paternidade que lhe foi negada pelo pai biológico, mesmo que mero doador de sêmen.

Logo, viável seria dizer que a sociedade brasileira não repudiaria uma lei que reconhecesse tal direito.

Um dos objetivos do político jurídico é preencher a lacuna legislativa existente, buscando uma norma melhor, para encontrar um lugar melhor, uma sociedade melhor, sem egoísmo; em que os inseminados possam ter direito a saber quem são seus pais biológicos; onde uma criança não seja objeto do egoísmo e egocentrismo de uma mãe que, por capricho ou vaidade, busca ter um filho de forma "alternativa" sem se preocupar com as conseqüências de seus atos.

Poder-se-ia ainda aduzir que uma sociedade com tamanha iniquidade como a brasileira não poderia

aceitar qualquer caso de reprodução assistida, uma vez que com tamanho número de crianças sabidamente abandonadas pelo país, deveria ser realizado um esforço para que o número de adoções sofresse um aumento.

Seria argumentável que se o indivíduo que quer ter um filho, tivesse ele uma visão altruísta do mundo, poderia realizar seu anseio legítimo, mas, resgatando uma enorme dívida social existente, através da adoção, que seria uma solução ética para o problema da ausência de filhos no casamento e para o da criança abandonada.

Por outro lado, indaga-se se seria antiética ou mesmo aética a realização do desejo de se ter uma prole ou, que ético seria apenas a adoção?

Todas estas questões somente serão resolvidas quando o político jurídico tiver concluído sua tarefa de auscultar os anseios da sociedade e ver qual é a efetiva realidade por ela desejada.

2.3. De Lege Ferenda

Diante do exposto, parece aceitável e necessário que uma mudança legislativa seja realizada para, inicialmente, fazer com que o artigo 363 do Código Civil passe a ter a seguinte redação: "*Os filhos não reconhecidos têm ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação.*"

Entende-se ainda que lei futura deveria proibir a

utilização de qualquer forma de reprodução assistida fora do casamento, criando-se um dispositivo nos seguintes moldes: "*A reprodução assistida heteróloga somente será admitida quando a mulher estiver casada ou vivendo em união estável com aquele que registrará o fruto de tal procedimento como filho, o qual deverá, prévia e expressamente, concordar com a realização do procedimento.*"

3. Considerações Finais

Por todo o exposto pode-se afirmar:

- 1) que a reprodução assistida é uma realidade no mundo médico e que a legislação brasileira tem de se adaptar à mesma;
- 2) mesmo antes de uma expressa adaptação do

Código Civil, é viável a investigação de paternidade aforada contra o doador de sêmen;

- 3) lei futura não deverá permitir que mulher casada - sem o consentimento do cônjuge -, bem como mulher, fora do casamento, se utilize de técnica de reprodução assistida.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

1. A reprodução assistida heteróloga, se dá com a utilização do sêmen de um doador, que não seja o cônjuge.
2. A Súmula 149 do STF enuncia: “É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança.”
3. Entende-se por reprodução assistida homóloga aquela que é praticada utilizando-se o sêmen do cônjuge.
4. Por um acordo semântico, sempre que houver referência a casamento, inclui-se a união estável, que para os fins deste estudo, não causará qualquer prejuízo.
5. Com a redação que lhe deu a seção 8-7, item 2 da Lei nº 56 de 5 de agosto de 1994, a Lei nº 8 de 08 de abril de 1981, na seção 9, parágrafo quarto, o filho havido por doação de esperma, em reprodução heteróloga não poderá ser declarado em juízo filho do doador. É esta a redação original: “The sperm donor may not be pronounced by a court to be the father. However, this does not apply if the insemination has been effected with sperm from the husbands or partner and it is not improbable that the child was conceived as a result of the insemination.” Texto originalmente na língua inglesa, oriundo de documento do Ministério da Saúde e Questões Sociais (Det Kgl Sosial - OG Helsedepartement) da Noruega.
6. A Lei espanhola nº 35 de 22 de novembro de 1988 no seu artigo 5º, item 5 é claro quando determina que “La donación será anónima [...]. Los hijos nacidos tienen derecho, por sí o por sus representantes legales, a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad [...]. Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias [...], podrá revelarse la identidad del donante [...]. Em tales casos se estará a lo dispuesto en el artículo 8º, apartado 3. [...]” Sendo que o item referido do artigo 8º expressamente determina que “La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda con arreglo al artículo 5, apartado 5, de esta Ley, no implica, en ningún caso, determinación legal de la filiación.” (BOE núm. 282, Jueves 24 noviembre 1988, p. 33373-33378).
7. O artigo 2º da Lei 1984/5, de 22/12/1984 determina que “A inseminação somente deve ser realizada se a mulher estiver casada ou convive com um homem em relação análoga ao matrimônio. Para a inseminação se requer o consentimento do homem com quem a mulher convive.” (em tradução do autor de fonte na língua espanhola, retirada da obra de Sérgio Ferraz)

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARBOZA, Heloisa Helena. **A filiação em face de inseminação artificial e da fertilização "in vitro"**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, 133 p.
- FELIPE, J. Franklin Alves. **Adoção, Guarda, Investigação de Paternidade e Concubinato**. De acordo com a Constituição de 1988 e com o Estatuto da Criança e do Adolescente. 5 ed. Rio de Janeiro : Forense, 1993. 151 p.
- FERRAZ, Sérgio. **Manipulações Biológica e Princípios Constitucionais: Uma introdução**. Porto Alegre : Sergio Fabris, 1991, 214 p.
- FERREIRA, Pinto. Inseminação artificial, In: ____ **Investigação de paternidade, concubinato e alimentos**. 5 ed. São Paulo : Saraiva, 1987. Cap. 32, p. 92-93
- GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Rio de Janeiro : Forense, 1968. 375 p.
- LEITE, Eduardo Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito: Aspectos Médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995, 480 p.
- MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre : Sergio Fabris, 1994, 136 p
- REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**, 4 ed. ver. São Paulo : Saraiva, 1984. p. 93-101.
- ROSS, Alf. **Sobre el Derecho y la Justicia**. 2.ed. Buenos Aires : Editorial Universitária de Buenos Aires, p. 317-364.
- SAMPAIO, José Celso de Camargo. A inseminação artificial no direito de família. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 670, p. 14-18, ago. 1991.
- SCARPARO, Monica Sartori. **Fertilização Assistida: Questão Aberta : Aspectos científicos e legais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, 189 p.